

Revoca di precedenti affidamenti e “gravi illeciti professionali” nel D.Lgs. n. 50/2016

di Michele Di Donna

Data di pubblicazione: 19-1-2017

Qualora la revoca dell'affidamento di un servizio pubblico sia fondata sull'intendimento della P.A. di attivare una procedura di evidenza pubblica (con conseguente indennizzo a favore dell'impresa), oppure nel caso in cui il ritiro in autotutela dell'aggiudicazione interviene prima che il contratto sia stipulato, va esclusa, in entrambi, la sussistenza del motivo di esclusione dei “gravi illeciti professionali” prevista dall'art. 80, comma 5, lett c) del D.Lgs. n. 50/2016.

Guida alla lettura

La pronuncia in esame è tra le prime a decidere un ricorso avente a oggetto l'ammissione di un operatore economico a una procedura di affidamento, all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali **ex art. 120, commi 2-bis e 6-bis, c.p.a.** (introdotti dall'art. 204, comma 1, lett. b) e d) del D.Lgs. 50/2016). In particolare, la lett. b) di quest'ultima disposizione concepisce, com'è noto, la possibilità di impulsare un rito c.d. “**accelerato**”, relativo ai provvedimenti di ammissione ed esclusione da una procedura di gara, nel termine di trenta giorni, decorrenti dalla loro pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante. In mancanza, è preclusa la facoltà di far valere l'illegittimità dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. L'ambizione del legislatore è di **deflazionare** il contenzioso in tema di contratti pubblici e concessioni attraverso la previsione di uno strumento di reazione anticipata contro i provvedimenti di esclusione, e di **ammissione** come nella specie, alla fase di valutazione delle offerte, prima dell'aggiudicazione della gara.

Nella vicenda della sentenza in parola, la ricorrente ha impugnato, dunque, l'ammissione della controinteressata, in quanto, a suo avviso, due revoche di concessioni di servizi disposte a suo carico da corrispondenti Comuni, andavano a integrare la fattispecie escludente dei “gravi illeciti professionali” prevista dall'**art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs. 50/2016**.

E' appena il caso di rammentare che, con il previgente Codice dei contratti pubblici, era opinione largamente invalsa che il requisito di ordine generale **ex art. 38, comma 1°, lett. f)** afferisse al **rapporto fiduciario** fra la stazione appaltante e gli operatori economici, affinché fossero scongiurati gravi errori professionali nello svolgimento di una commessa pubblica (sul tema, sia consentito rinviare a di Donna, *Il “grave errore professionale” tra attuale incertezza del diritto e imminente prospettiva europea*, in U. & A., 2016, 1, 61 e ss.). Sul proposito, la disciplina ora vigente - art. 80, comma 5, lett. c), D.Lgs n. 50/2016 – recependo quasi integralmente l'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE, ridefinisce in “**motivi di esclusione**” (quelli che erano “requisiti di ordine generale”) i gravi illeciti professionali aventi attitudine a mettere in dubbio **l'integrità o l'attendibilità** dell'operatore economico. Ne ha ampliato, così, il

novero, in esso ricomprendendo a (solo) **titolo esemplificativo**: - le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata o confermata in giudizio, o che ha dato luogo a condanne al risarcimento dei danni; - il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti che possano influire sulle decisioni relative all'aggiudicazione, esclusione o selezione dei partecipanti a una gara, ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

Sicché, da una parte, e recependo la giurisprudenza consolidata in argomento, è stata temperata la rilevanza della **risoluzione in danno** ove contestata in sede giudiziaria, dall'altra, *ex novo* introdotta, quale **requisito reputazionale**, la diffusione (anche disvolta) o omissiva di **informazioni** alla stazione appaltante che abbiano idoneità a influire sulle sue decisioni recepite in sede di gara (in *pendant* col conflitto d'interesse di cui all'art. 42, comma 1°, D.Lgs. n. 50/2016). Mentre il "**grave errore professionale**" non è più riguardato *ex se*, ma solo ove abbia attitudine a "rendere dubbia la integrità o affidabilità" dell'o.e..

Con la finalità di dare attuazione a queste previsioni, come contemplato dal comma 13 dell'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016, l'A.N.A.C. ha adottato il **16 novembre 2016 le linee guida n. 6** con cui si indicano i mezzi di prova e le carenze nell'esecuzione di un (precedente) contratto di appalto che attingono le circostanze di esclusione in esame: tenuto fermo che il *modus operandi* che la P.A. adotta per l'individuazione degli illeciti lesivi dell'affidabilità e integrità dell'o.e., invero l'esercizio del potere discrezionale a essa *ex lege* ascritto. L'*Authority* ivi valorizza, ancora, la rilevanza di **misure di self-cleaning** ex art. 80, comma 7, idonee a comprovare la persistenza dell'integrità e affidabilità dell'impresa nonostante la consumazione di una ragione di esclusione.

Quanto, più in particolare, alla decisione segnalata, il **G.A. barese** ha ritenuto che i due casi di revoca riferiti da parte ricorrente non integrassero la fattispecie dei "gravi illeciti professionali". Infatti, quanto alla prima, fondava sull'intendimento della P.A. di attivare (a seguito di un affidamento diretto) una procedura a evidenza pubblica per la concessione di servizi ai sensi dell'art. 30 del D.Lgs. n. 163/2006, escludendosi in tal ché l'inadempimento della controinteressata; tant'è che veniva finanche erogato un indennizzo a favore della medesima ex art. 21-*quinquies*, comma 1, L. n. 241/1990. Nel secondo caso, altra civica P.A. aveva revocato in autotutela l'aggiudicazione della concessione, tuttavia, prima che l'accessivo contratto fosse stipulato: in radice impedendo qualsivoglia suo inadempimento da parte dell'impresa.

Sicché l'ammissione della controinteressata disposta dalla stazione appaltante, in una delle prime "*performance*" giudiziarie dell'art. 80, comma 5, lett. c), D.Lgs. n. 50/2016, è stata ritenuta legittima dal T.A.R. di Bari.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1341 del 2016, proposto da:

Tundo S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Cantobelli, C.F. CNTFNC67A02E506P, e Anna Del Giudice, C.F. DLGNN74P55A662E, con domicilio eletto presso Anna Del Giudice, in Bari, via Vito Nicola De Nicolò, 7;

contro

Comune di Bari, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Rosa Cioffi, C.F. CFFRSO68R44A662G, con domicilio eletto presso Rosa Cioffi, in Bari, via Principe Amedeo, 26;

nei confronti di

Sicurezza e Ambiente S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Luca Raffaello Perfetti, C.F. PRFLRF64A19I819S, Alessandro Rosi, C.F. RSOLSN78H08E230R, e Ignazio Lagrotta, C.F. LGRGNZ69P14G942M, con domicilio eletto presso Ignazio Lagrotta, in Bari, via Prospero Petroni, 15;

per l'annullamento

del verbale dell'11.10.2016, relativo alla procedura aperta per l'appalto S16012, concernente l'affidamento in concessione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale e reintegra delle matrici ambientali compromesse dal verificarsi di incidenti stradali, nella parte in cui il Presidente del seggio di gara ha disposto l'ammissione alla successiva fase di valutazione delle offerte della società Sicurezza e Ambiente S.p.A.;

di ogni altro atto presupposto, connesso, consequenziale e/o comunque collegato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Bari e di Sicurezza e Ambiente S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2016 il dott. Alfredo Giuseppe Allegretta e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale d'udienza;

Comunicata alle parti in forma diretta ed esplicita la possibilità di adottare una sentenza semplificata, ricorrendone le condizioni previste;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Rilevato che, con il ricorso in esame, la società Tundo S.r.l. impugnava il verbale dell'11.10.2016, relativo alla procedura aperta bandita dal Comune di Bari per l'appalto S16012, concernente l'affidamento in concessione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale e reintegra delle matrici ambientali compromesse dal verificarsi di incidenti stradali, nella parte in cui il Presidente del seggio di gara aveva disposto l'ammissione alla successiva fase di valutazione delle offerte della società Sicurezza e Ambiente S.p.A.;

Rilevato che, avverso detta ammissione, parte ricorrente eccepiva la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016, nonché l'eccesso di potere per illogicità manifesta, carenza di istruttoria, difetto di motivazione, erroneità dei presupposti di fatti e di diritto e sviamento, con particolare riguardo alla mancata corretta valutazione di due pregresse vicende contrattuali di revoca dal servizio della controinteressata, così come disposte dal Comune di Santo Stefano di Camastra e dal Comune di Fontanafredda;

Rilevata che, in tesi di parte ricorrente, una compiuta valutazione delle dette due vicende contrattuali avrebbe dovuto condurre all'esclusione della controinteressata dalla gara in parola, a mente del già citato art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016;

Considerato che le argomentazioni svolte non sono fondate e che, pertanto, non possono essere accolte;

Considerato, infatti, che la società controinteressata, Sicurezza e Ambiente S.p.A., ha dichiarato nella procedura in esame i due casi di revoca dell'affidamento citati da parte ricorrente, in relazione ai quali non risultano essere stati posti in essere i "gravi illeciti professionali" presupposto dell'invocata esclusione;

Considerato, più nel dettaglio, che, nel caso del Comune di Santo Stefano di Camastra, era stata disposta la revoca del servizio soltanto perché quest'ultimo era stato affidato in via diretta e l'Ente locale voleva, invece, provvedere in proposito alla nuova attivazione di una procedura ad evidenza pubblica; con la sentenza n. 1980 del 2015 il Tar Sicilia - Catania evidenziava, in proposito, che "la suddetta revoca fonda le proprie ragioni sull'intendimento dell'Amministrazione di attivare una procedura ad evidenza pubblica per l'individuazione di

un operatore poiché l'affidamento del servizio di che trattasi è riconducibile nell'ambito delle concessioni di servizi di cui all'art. 30 del D.lgs. n. 163/2006, con conseguente assoggettamento dello stesso alla relativa disciplina" e disponeva un indennizzo in favore di Sicurezza e Ambiente S.p.A., in tal modo palesemente escludendosi la sussistenza di un inadempimento contrattuale colpevole di per sé rilevante ai fini che qui importano;

Considerato, altresì, che, nel caso del Comune di Fontanafredda, quest'ultimo aveva revocato in autotutela l'aggiudicazione antecedentemente alla stipula del contratto, in tal modo radicalmente escludendosi che la società Sicurezza e Ambiente S.p.A. avesse potuto commettere "gravi illeciti professionali" nell'esecuzione di un contratto non ancora stipulato;

Considerato, ad ogni modo, che i due episodi in questione non sono stati ritenuti rilevanti ai fini dell'esclusione nel quadro della corretta valutazione discrezionale svolta sul punto dalla Stazione appaltante;

Considerato che l'infondatezza delle argomentazioni svolte in ricorso destituisce di fondamento altresì la consequenziale domanda di risarcimento del danno;

Considerato, infine, che sussistono i presupposti di legge per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite, tenuto conto dei relativamente modesti importi di gara e della minima attività processuale svolta;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Francesco Cocomile, Primo Referendario

Alfredo Giuseppe Allegretta, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Alfredo Giuseppe Allegretta

IL PRESIDENTE
Angelo Scafuri

